NISSEN

De Perjuri in Jurejurando Litis Decisorio Conditione

1837

DE

PERIURI IN IUREIURANDO LITIS DECISORIO CONDITIONE.

COMMENTATIO

QUAM

PRO SUMMIS IN UTROQUE IURE

HONORIBUS RITE CAPESSENDIS

AUCTORITATE

ILLUSTRIS ICTORUM ORDINIS

DIE XXIII. M. DECEMBRIS A. MDCCCLVII

H. L. Q. C.

PUBLICE DEFENDET

ADOLPHUS NISSEN

IUR. UTR. BACCALAUREUS KILIENSIS.

LIPSIAE

TYPIS A. EDELMANNI, TYPOGR. ACADEMIAE.

VIRO EGREGIO

IUSTO ROTH

PHILOSOPHIAE DOCTORI BEROLINENSI

AMICO.

Quaerenti mihi, num et quatenus periurio commisso in iureiurando litis decisorio ipsius periuri mutetur conditio, evenit ut, quum diligentius quae sit vis iuramenti ac natura inquirerem, a communi opinione plane discederem. Oportuit igitur ad cunabula ut ita dicam rei me redire primaque eius vestigia indagare, neque tamen quod propositum mihi habebam omittere volui. Hac de causa quum plures quaestiones in unum concurrerent eaeque tanti oneris tantaeque amplitudinis, quae per se singularem dissertationem exigere videantur, non potui, quin in quibusdam rebus, nimirum novis, longior essem, contra in aliis brevior, quam vel ipse cuperem. Hoc cum evitandum esse putarem, quaestionem de iuramento aptiori loco servandam arbitratus, hodie de periuro duntaxat disseram. Disquirendi autem ratio ea opportuna mihi visa est, ut primo fontium sententia ac doctrina praemissa quid hodie iuris sit singulis quaestionibus dispositis accuratius explicem, deinde de ceteris iuramentis assertoriis quaedam adiungam. Hoc ita peragendum putavi, ut primum iuris Germanici, deinde iuris Romani de ea re praecepta exponam, denique quid in iure Canonico vel additum, vel mutatum, vel accuratius descriptum sit usque ad nostrum tempus persequar.

I.

§. 1.

In iure Germanico simulac legitimo modo aptis cum consacramentalibus iuramentum praestitum est, iam accusatione reiecta veritas explorata adesse creditur; quod utrum iure an iniuria fiat, numini discernendum relinquitur. Quod ut fieret non solum rogabant numen, sed quodammodo irritare studebant, dum facta periurii criminatione iuris defendendi facultatem ei praebebant[1]).

Quod si reo licebat ab actione iureiurando se liberare, idem debebat sinceritatem suam ordali subeundo probare; neque ille solus debebat, sed etiam consacramentales eius, quorum unumquemque adversarius periurii compellare poterat; utra pars in certamine vicit, ea in iure est. Itaque quoniam ipsum numen decreverat, iurisiurandi praestiti nullus erat effectus; apparet vim ei insitam per numen ademtam non esse. Quin immo ob istam periurii criminationem pendebat potius iuramenti effectus. Quae quidem criminatio quin in continenti necessaria fuerit ego quidem non dubito; post intervallum enim ea prolata existimo iuramentum non potuisse rescindi.

At tali periurio poena non irrogabatur; putabant enim religiosum eum atque ab hominum poena defensum, qui aut ipso ordalis exitu, quod non raro alterius morte finiebatur, puniri, aut certe post mortem ultione divina tangi credebatur. Neque repugnat, quod mendacium coram iudice periurio prolatum aut ab omnibus aut a nonnullis iuratorum pecunia luendum

---

1) Eiusmodi ordale pugnam duorum semper fuisse putaverim, quia reum iuramento praestito iam valde munitum ad subeundum ordale solum compelli, absque ratione esse videtur. Atque ubique, quod mihi cognitum est, eiusmodi pugnae peractae sunt.

erat[1]). Hac nempe poena nondum soluta reus facultatem iurandi amittebat[2]), ipsa vero solutione quilibet periurii effectus sublatus erat. Fides periuri debilitari non poterat, quia inter bonam et malam fidem, inter accusatum et consacramentales et falsos testes non distinguebatur. Quod nisi ita fuisset, periurus sine ullo iuris praesidio fuisset. —

§. 2.

Apud Romanos illis temporibus, quibus ius dicebant pontifices, nemo dubitaverit, quin periurus poenis ex religione depromptis afflictus fuerit[3]); posteriore tempore ICti Diis periurium puniendum relinquebant, et quamvis alia delicta periurio commissa punirentur[4]), tamen periurium ipsum negabant ab hominibus poena afficiendum. Huic doctrinae non repugnat lex illa 22 D. de dolo 4. 3., nam apud quem iuratnm erat, idem puniebat periurum, sive Deus is, sive imperator erat[5]). Quod autem ad quaestionem attinet hic propositam, quatenus rei conditio ipso periurio commutata sit, distinguendum nobis est inter iusiurandum in iure et iusiurandum in iudicio delatum.

Iuramento in iure alicui delato praetor eum cogebat aut ipsum praestare illud, aut adversario referre; quo praestito, vel remisso, vel recusato lis omnino erat finita, neque licebat vel ipsius periurii causa quaestionem retractari. Quocum pugnat, l. 13 C. de reb. cred. 4, 1.

---

1) Wilda, Strafrecht d. German. p. 982. Quod quaerendum restat, secundum quam regulam factum sit.

2) Wilda, l. c. p. 302, Dubitandum, num ii quoque, quibus pecunia solvenda non erat.

3) cf. Bassenn, de iureiur. veter. — Trai. ad Rhen. 1728 p. 354 sq.

4) l. 4 D. de stellion. 47. 20. l. 13 C. de testib. 4. 20. l. 1 §. 1. 2. D. ad leg. Corn. 48. 10. l. 37 C. de transact. 2. 4. l. 4. C. de crim. stellion. 9. 34.

5) Aliam sententiam sequitur Bassenn, l. c. p. 376.

quae quid sibi velit maxime dubitatur. Mihi quidem ex universa legis indole hoc videtur colligi: voluisse quidem imperatorem Christianae doctrinae de iureiurando praecepta sequi, attamen non obtinuisse[1]).

At vero iuri praetorio haud consentaneum erat ubivis alteram partem cogere, ut aut iuraret, aut iuramentum referret. Namque in toto iure omnino iniquum est, nisi singula rei momenta perspecta sint iuris regulam perficere. Quod praetor ut conciliaret, modo relationem denegavit, modo delationem praeclusit, modo denique calumniae iuramentum non concessit[2]). Neque in eo haerendum est, quod hanc regulam nusquam invenimus diserte expositam: sufficit compluribus locis eam satis probari. — Itaque si causa eiusmodi est, ut iniquum videatur alterutram partem cogi a praetore, is cui iuramentum defertur recusare id potest simulque postulare, ut iudicio ex ordine instructo lis integra peragatur[3])

Talem recusandi causam adhuc puto extare, quum a periuro iuramentum defertur. Nam quum is, cui delatum est, alioquin semper ea lege teneatur, ut aut iuramentum accipere aut adversarii conscientiae confidere debeat, tum, cum adversarius periurus est, quippe cuius fidem nullam esse constet, recte illa lege solvitur. Quum contra periuro defertur, huius periurium nullius

---

1) Dissentiunt Azo, opus divinum ad Cod. (vac. tit.) fol. 63. — Nicolai de Tudechis xx (Panormitanus) comm. ad decretal. Lugd. 1546. fol. 167. — Fr. Duaren, com ad h. t. Frcft. 1607. c. 27. — Anton Perez, ad cod. Antverp. 1720 p. 220 n. 35. — Martin, Vorlesg. üb. Civilproc. Leipz. 1857. II. p. 47.

2) Savigny, System VII. 75.

3) Duaren, l. c. — l. 74 D. de reg. iur. Quod Malblank, doctr. de iureiur. Tub. 1820 p. 83. inde dicit apparere, Romanis iam probationem pro exoneranda conscientia notam fuisse, in eo fallitur vir doctus. Namque probandi munus, quod Malblankii sententia in reum transferri debet, re vera non mutatur. cf. — Savigny, System VII. p. 88. — Martin lc. II. 280.

esse momenti facile apparet[1]), quoniam qui defert ipsa adversarii conscientia se contentum esse declarat. Neque magis eius qui defert periurium respiciendum est, ubi iurisiurandi relatio lege iam est prohibita.

Aliter res se habet, quum in iudicio iusiurandum defertur. In quo quum „iudici fiat probatio“, iam quatenus iureiurando praestito de facto aliquo iudici persuadeatur, singulis locis erit definiendum. De effectu quodam formali, sicut in iure, in iudicio cogitari non potest. Quaecunque fuit causa iurisiurandi, sive ab alterutra parte sive ab iudice delatum est, nihil aliud nisi fontem praebet, unde iudex de aliqua re sibi persuadere possit. Neque iurans postulare potest, ut secundum iuramentum feratur sententia, quamvis non negem iudicem solitum esse iusiurandum sequi[2]), a quo recedere nisi graviorem ob causam ei non licuerit, — neque iuramenti maior quam ceterorum argumentorum vis est, quae, simulatque novis documentis iudici comprobatum erit non dignum fuisse fide iusiurandum, statim irrita fiet. Quod magis etiam effici periurio probato satis perspicuum est.

Iisdem de causis iureiurando coram iudice ab adversario delato altera pars non debet sibi assumere, quod adversarius periurus sit, quum singulari ac certa causa cur iusiurandum recuset omnino non egeat, quia ad accipiendum vel referendum non compellitur[3]). In iureiurando vero ab iudice delato, etiamsi iudici eum cui iurare concesserit periurum esse probatum fuerit, tamen non erit, cur iureiurando ille privetur; neque tamen si iuramentum prohibere iudex noluerit, maiorem fidem tali iuramento nisi levi in causa tribuere poterit.

---

1) Si adversario notum fuit; alioquin de errore agendum est.

2) Sic Gaius in l. 31 D. ht.: — *solent saepe*, inquit, *iudices secundum eum iudicare*, *qui iuraverit.*

3) Alteram sententiam: iudicem cogere posse sequitur Savigny, System VII. p. 81.

Evanescente iam ordine iudiciorum privatorum contigit, ut quibus legibus iusiurandum in iure delatum antea munitum fuerat, eae iam inde ab hoc iudicem i. e. magistratum tenerent. Qui quum lege iussus esset sententiam ferre iuriiurando congruam, altera pars facile laedi poterat, si vel a periuro iuramentum deferrebatur, vel ipse iudex periurum voluerat iurare. Itaque quae de iureiurando in iure delato supra demonstravi, hic sunt repetenda, ita quidem, ut periurum ab iuramenti delatione et iureiurando ab iudice delato repelli merito postuletur.

§. 3.

Haec Germanorum et Romanorum de iureiurando quae exposui praecepta christiana doctrina improbavit ac mutavit. Etenim quamdiu clerici omne iusiurandum impium ideoque vetitum esse declaraverunt [1]), necessario consecutum est, ut iusiurandum dolo falso praestitum inter maxima peccata numeraretur, quoniam periculum erat, ne periuri anima perderetur. Quocirca sicut ceterorum peccatorum ita huius quoque ecclesia apertam confessionem postulabat, qua noxius valde se poenitere peccati asseveraret; ut hoc peccatum sincera animi emendatione lueretur, a clericis consolationis auxilium afferri iubebat. Ipsa autem confessio conscientiae erat relicta, neque si clerici piacula imponebant, alio consilio imponebant, nisi ut animi poenitentiam testarentur. Quod autem divinam peccatorum veniam inde pendere clerici docuerunt, id multo post demum invaluit; quumque Innocentius III. sacerdotibus imperasset, ut de subditorum peccatis certiores fieri studerent, paullatim terrestris poenae notio in piaculi imperati locum successit, quae poena post diuturnam vacillationem saeculo fere quarto decimo a saecularibus

1) Eichhorn, Kirchenr. II. 530.

iudiciis recepta est. Quam autem poenitentiam ecclesia catholica adhuc usque exercet, ea apud nos reformatione quae dicitur explosa est.

Hoc igitur fundamento constitutio Carolina nititur (art. 107. Bambergensis 128.) Nam quae periurii poena clericorum ope et consilio vetustis Germanorum legibus inserta est, posteriore tempore ab ecclesia sublata vel potius ab ipsa occupata est, ut tempore medio nisi ab ecclesia periurium non puniretur[1]). Quamobrem illud prae ceteris doctrinae iuris Canonici vindicandum est, quod iuris praesidium religioni praebendum esse prima intellexit, eademque prima iusiurandum a periuro denuo praestari utique vetuit[2]). At vero posteaquam ius naturae florere coepit[3]), alii periurium soli religioni rursus tribuerunt, saecularem poenam irrogari nefas iudicantes; alii crimen falsi inesse censebant ideoque ut damnum aliquod adsit requirebant: damno iam restituto periurus levissima fortasse poena affectus est ab iudicibus, qui quasi obcoecati Romano iure fuerunt, quippe quod periurii ullam esse poenam vetaret; fuerunt etiam, qui eo usque progrederentur, ut sincera poenitentia periurum quasi diluisse peccatum crederent, ideoque contra legem eamque disertam ad iuramentum denuo praestandum eum adhiberi concederent, si modo a sacerdote absolutus esset; quod rursus alii nonnulli nisi in iureiurando necessario licere negabant[4]). Quorum errores quamquam praecipue quidem in historia iuris

---

1) cf. Regino. de synod. caus. et discipl. eccles. Lips. 1840 c. 135 sq. — Staüdlin, Gesch. d. Lehre u. Vorstellgn. vom Eide. Gött. 1824 p. 100 sq. — Jarcke, Strafrecht, Berlin 1827. II. p. 71. — Eichhorn, Kirchenr. I. p. 205. II. p. 76. Rechtsg. Gött. 1843. I. p. 411.

2) Causa 22. qu. 5. c. 15.

3) Staüdlin, l. c. p. 120.

4) Fulvius Pacianus, de probat, Frcft et Lips. 1703. I. 51, n. 60. — Maranta, praxis s. d. ord. iud. tract. Col. 1598 p.

commemorandi sunt, tamen ne hodie quidem id constat, quam periurii notionem re vera Carolina statuerit. Accedit quoque, quod lex adsit, qua periuro iterum iurare permittatur[1]).

II.

§. 4.

Iam ad eam iurisiurandi delationem me converto, quae hodierni iuris est. In quo quum cui iusiurandum delatum est, ei tres viae pateant, una ut accipiat, altera ut referat, tertia ut probationem pro exoneranda conscientia eligat, priores duae ad nostram quaestionem nihil novi afferunt. — Atqui de tertia, qui usus diversis temporibus valuisset et quemadmodum mutatus paullatim et excultus esset, tantopere dubitatum est, ut non possimus, quominus accuratius in hanc rem inquiramus. Quam probationem equidem in iure Saxonico cultam ac perfectam esse censeo. Ea tamen sententia tantopere pugnat cum doctrina vulgari, ut planius explicetur et documentis dilucidis demonstretur necesse sit. Quare diversas de ea re sententias diligentius perscrutari liceat.

Ac primum quidem falli eos qui probationem pro exoneranda conscientia iam Romanis cognitam fuisse

---

343 n. 15. — Koenig, Praktika d. Proz. u. Ger. Leuffte — 1550 fol. 50, n. 4. — Heigius, comm. in inst. cur. Person Witebg. 1603. p. 454 n. 22. — Rothschitz proc. iur. Lips. 1623. fol. 46, n. 5. — Anton Perez, l. c. p. 250, n. 35.

1) Auctore Strippelmann, (der christliche Eid. Kassel 1855 —57. II. 192.) iure Borussico statuitur, si altera pars periurum ad iuramentum delatum velit admittere, id concedendum esse, quoniam legitima probatio sit iusiurandum partique ubivis patefacta. cf. Wetzell, System d. Civilproc. I. p. 161, n. 18.

dixerunt, non dubitamus contendere[1]); neque putamus adhuc extare, qui eam defendant sententiam, quam ex ignorantia iuris Romani eiusque naturae ortam esse recte affirmavit Savigny[2]).

Contra plurimi obtinent, iure Pontificio eam statutam esse, in quam sententiam alii ipsa verba capitis 2 X. de prob. 2. 19 afferunt[3]), alii modo ex universa eius ratione eam derivant[4]). Verba capitis haec sunt:

„Sicut consuetudo laudabilis: Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentionem suam fundaverit, intrumentis, aut testibus, sacramentum nihilominus deferatur; quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos (cum tunc demum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur) talem consuetudinem reprobamus.“

Qua lege non dubito quin et consuetudo omni ratione carens reprobetur, et iteratur notum illud praeceptum, quo iudex nisi subsidii loco vetatur iusiurandum imponere. Ubi de probatione agitur, videmus simpliciter de iuramento delato agi. A quo delato? Nimirum ab iudice, nam huic fit probatio; quod etiam e praeiudicio constituto: fidem probationibus non haberi, perspicuum est, nam tale praeiudicium quo iure iuramento ab altera parte delato adhiberi possit? Neque „deferre“ iudicem iusiurandum pro voce inusitata quisquam habebit.

Ex ista igitur consuetudine ni fallor probatione perfecta ab actore iusiurandum calumniae postulabatur, quod quidem iusiurandum papa suppletorium esse ratus iussit:

---

1) cf. Faber, de error. pragm. Col. 1613 p. 527. — Lud. Martin, com. for. Gosl. 1694 tit. 19 §. 1 n. 5. — Seyfart, Reichsproc. p. 279. — Malblank, l. c. §. 59 p. 152. — Suevus, diss. de prob. p. exon. consc. Lips. 1702.

2) Savigny, System VII. p. 88. — Heffter, lc. p. 279.

3) Savigny, Syst. l. c.

4) Strippelmann, lc. II. 307. — Martin, Vorlsg. cit. II. 280 n. 28.

deficientibus demum aliis probationibus ad suppletorium recurri. De probatione iureiurando praebenda nihil agitur, sed de fide solum, quae probationibus propter iusiurandum habetur.

Eadem tamen lex quodnam iusiurandum respiciat, auctores non consentiunt; alii ad iuramenta necessaria eam trahunt[1]), alii ad litis decisorium[2]), alii denique ad iusiurandum calumniae[3]). Verum in eo consentiunt, hanc duntaxat quaestionem tractari, num qui plene probaverit, ad iurandum compelli possit[4]), immo nonnulli quaerentes, utrum probaturus iusiurandum recusare possit, nec ne, verbis disertis ostendunt, caput illud secundum huc afferri non posse, quoniam illic de eo tantum agatur, qui iam probaverit[5]).

His equidem consentio neque habeo cur „hac lege in singulari quadam causa eam probationem ab

---

1) Durandes, spec. iur. Basil 1574. p. 741. — Gonzalez Tellez, ad decretal. Frcft. 1690. ad h. c. — Carpzov, def. for. Frcft. 1663. def. 21. — Barbosa, thesaur. ed. Rösener. Lips. 1719 v. iusiurandum n°. 41.

2) Panormitanus, l. c. fol. 4. Ut ei quaestioni responderent: utrum, si nihil probatum sit, iusiurandum deferri posset nec ne, ICti Saxonici hac lege usi sunt, sicut Schneidewin, comm. in instit. Argent 1610 p. 736 sq. — Pacian, l. c. II. 47 n. 41 sq. I. 41 n. 2. — Carpzov, l. c. def. 21. 29.

3) Gonzalez Tellez, l. c. p. 336.

4) cf. (praeter iam citatos) — Bartolus com. i. cod. Basil. 1562. p. 572. — Baldus Ubald. Perus. in decretal. Venet. 1580. fol. 200. — Petrus de Ferrariis, lib. for. Lugd. 1549. p. 101. — Jason. Mayn. Mediolan. com. Lugd. 1582. fol. 124 n. 7. — Duaren l. c. c. 6. p. 207. — Cuiacius, op. omn. Neap. 1722. VI. p. 843.

5) Sic Duarenus (l. c. p. 207.) *Jllud sane fatemur*, inquit, *quod iure Pontificio expressum est l. 2 de prob. eum qui iam probaverit quod intendebat, iurare non cogi, sed nos de eo, qui nondum probavit sed probare paratus est, hic disserimus.* — Anton Perez, l. c. p. 218 n°. 21: *Nam necessarium deferri non potest, nulla probatione*

iure Pontificio agnitam esse" credam, quod facit **Savigny** (Syst. VII. 88.). Quo ut perveniamus, fingendum erit, delationem quidem ante coeptam probationem esse factam, eaque perfecta demum iuramentum antea delatum ut praestaretur ab altera parte expetitum esse. At neque hoc nisi temere potest fingi, neque illud opponi, quod secundum hanc nostram opinionem illic de consuetudine aliqua actum sit omni rationi contraria, id quod dummodo alia interpretatio detur, omnino nequeat statui. Etenim ipsam hanc consuetudinem extitisse refert **Jason** lc. ad. l. 31 D. ht. fol. 100. n. 81.

§. 5.

Attamen nihilo minus nuper pronuntiatum est a **Wetzell** (lc. p. 177 n. 35.): probationem pro exoneranda conscientia ex ipsa istius capitis ratione consequi[1]), immo ICtis Italicis probe cognitam a Saxonicis ICtis in Germaniam tantummodo translatam esse. Cuius sententiae auctores laudat **Bartolum** atque **Jasonem**, quos commemoravit **Schneidewinus**, (lc. p. 747,) ipse quidem hanc probationem ex aequitate non ex iure pontificio natam iudicans. Quaerendum igitur, quae istorum auctorum vera sit sententia.

---

proposita, cum illi locus sit duntaxat quando de supplenda probatione agitur — — — Quid ergo si is cui defertur iusiurandum, probare malit quam iurare? Cogendus est nihilo minus iurare — — nec movet nos quod iure Pontificio expressum est, iuramentum non deferri nisi probationibus aliis deficientibus c. 2 X., hoc enim verum est et procedit in eo qui iam aliquid probavit — — nos vero hic agimus de eo, qui nondum probavit, sed probare paratus vel conatus est. — J. H. **Berger**, supplem. ad elect. disceptat. for. Lips. 1707 refert, contra quamvis praesumtionem et probationem iam absolutam iusiurandum posse deferri, neque contrarium esse cap. 2 X., quod de suppletorio agat —: *ut et e contextu liquet, et interpretes ad unum omnes ibidem admonent.*

1) Scilicet idem eandem rationem alio loco docet incertam esse. p. 168.

Bartolus ad. l. 14 §. 3 C. de non num. pec. (l. c. p. 422 n. 13.) *de iure antiquo*, inquit, *licite quis poterat recusare iuramentum, si dicebat se probare et nolebat se relevari a probationibus, ut l. 30 pr. D. ht.*

Hac lege tricesima, qua de lite infitiando crescente agitur, id statuitur, ut in iureiurando delato ne insit infitiatio. Itaque qui actor iurat simplum acquirit. Quod durum esse Paullus ideo negat, quoniam actor tum iureiurando a munere probandi liberatus commodum ferat. Hanc Paulli sententiam Bartolus ita interpretatus, tanquam ille beneficium inesse dixisset in eo quod actor etiam tum iuramento probare possit, simulque notissima illa regula „beneficia non obtruduntur" usus actorem argumentatus est non esse cogendum, si iurare nolit, quia facultas iurandi beneficii gratia ei tributa sit. Quo beneficio si uti nolit, legitima probatione omnia quae ex infitiatione ad eum redundent, eum acquirere. Bartolus igitur, ut mihi quidem videtur, veram Paulli sententiam non intelligit, id quod iam inde perspicuum fit, quod quae dicit ad falsum finem nos ducunt atque certe contraria sunt ei, quod in iureiurando delato infitiationem non inesse Paullus docet [1]). Hic autem Bartoli error eo facilius existere poterat, quoniam de tempore praeterito deque praecepto obsoleto agebat [2]).

Ibidem paullo post Bartolus declarans: cur iusiurandum contra documentum post biennium deferri nequeat, — sicut ea pars, quae plene probaverit, iuramentum recusare possit, *ita*, inquit, *hic ille qui habet cautionem de soluto, post biennium elapsum posset dicere: nolo iurare, quia plene probo; — et idem esse puto, quod esset in omni cautione; hic est casus et hoc in summa: ille qui plene probat non cogitur iurare.* — Quo tamen in loco nequaquam existimamus de hac probatione, quae nobis

1) cf. Nov. 18 c. 8.
2) *de iure* **antiquo** *licite* **poterat.**

exploranda est, agi. Etenim Bartolus ait: si quis probationem luculentam proferat, eum iurare non cogi; neque quidquam interesse potest, utrum gradatim coram iudice probatio perficiatur, an ab initio luculenta fiat. De eo vero, qui ad probandum se paratum esse dicat, omnino non loquitur Bartolus, nam *quia probo* inquit, neque: quia probaturus sum[1]).

Quae Bartoli modo attuli verba si Wetzell ipsa nec solum Schneidewinum legit, quo modo iis suam sententiam firmari putet, me non intelligere libenter confiteor. Atqui maius etiam momentum ille tribuit Jasonis verbis, quae, ab ea libro suo inserta, invenio in libro Jasonis de actionibus Lugd. 1526. ad §. item si quis fol. 111 n. 86.

Quem quidem locum si quis solum consideraverit nihil curans, quod unus ille atque unicus est, nullus dubito, quin is sibi iam persuasum habeat, eum qui probaturus sit iurare nequaquam cogi. Quamquam, id quod tamen minoris momenti esse confiteor, sane dubitari licebit, num cap. 2X. ad utrumque spectet ex Jasonis sententia, et ad eum qui probet, et ad eum qui probaturus sit. Habemus igitur loci sententiam hanc: eum qui probaturus sit iuramentum recusare posse. Neque tamen negligendum est, immo maxime urgendum, quod unus Jason hanc protulit sententiam; quo accedit, quod mihi totus locus valde suspectus est.

Idem enim Jason ad l. 31 D. ht. dicit, (l. c. fol. 100 n°. 74) vulgo doceri, actori iurisiurandi delationem non prius esse concedendam, quam libellum ediderit; sibi quidem durum visum esse id praeceptum, neque tamen ullum contradicentem se invenisse; reum satis munitum esse, quod tempus deliberandi idoneum postu-

1) Pari modo Petrus de Ferrar, l. c. p. 197 docet, eum recte iuramentum recusare: *qui habeat suam intentionem fundatam per publicum instrumentum, argumento c. 2 X. de prob.* — Cf. idem in lib. for. cit p. 101 n° 4.

lare possit, sibique videri nihil nisi calumniose petere, ut libellus edatur. Hoc igitur loco docet iuramenta quam latissime adhibenda esse. Accedit, idque maioris etiam momenti est, quod paullo post Jason, ubi de cap. 2X. agit, (lc. fol. 100 n°. 84) verbis fere iisdem atque quae eius libro de actionibus inserta sunt, utitur. Dicit enim in eo capite casum inesse maxime admirabilem nec dum usque ad Bartolum satis consideratum, a quonam tandem doctum sit: ex isto capite consequi, neque probatione absoluta iuramentum calumniae amplius postulari posse, neque torquendum esse quemquam innocentia sua probata.

Qui poterat fieri, ut qui pluribus locis demonstravit, quam plurimas causas esse iureiurando dirimendas, quique quum permultas recusandi causas enumeraverit, (ibid. fol. 124 n°. 7) de eo qui probaturus est tacuit; quem denique allegaverunt qui probationis non admittendae auctorem quaesiverunt[1]), qui fieri quaeso potuit, ut idem vir alio loco doctrinam omnino contrariam doceret? Quid vero? Nonne facillime evenire potuit, ut scriba quilibet miratus scilicet ista verba *casus est de hoc multum notabilis et peregrinus in cap. 2X. de prob.*, quum descriptionem illam nuper memoratam ab Jasone ad l. 31 D. factam ignoraret, interponeret verba: *vel etiam offert se probaturum?* Iam enim habere sibi videbatur, unde singulare illud et mirabile dictum facilius explicare posset, quod capite 2X. extare vidimus[2]).

His de causis persuasum mihi est, isti Jasonis dicto merito haud magnam quidem vim tribui. Nec tamen ut iam integram vim ei concedamus, aliud quidquam

1) cf. Maranta l. c. p. 333 n°. 74. *et cogitur reus aut iurare aut iuramentum deferre* (referre em.) *non obstante quod separatum* (se paratum em.) *contrarium probare; sic dicit Jason ad leg. D. manifestae.*

2) Aegre equidem fero, me uno tantum istius libri exemplari potuisse uti.

illo continetur nisi hoc, eum qui probare velit recusare posse iusiurandum; at quo iure quis dicat, hanc ipsam recusandi facultatem nihil esse nisi eam de qua agimus probationem pro exoneranda conscientia, equidem intelligere quum nequeam cuique integro diiudicandum relinquo. Vera tamen erroris causa est haec, quod fere iisdem verbis Italici ICti recusationem iurisiurandi significant, quibus hodie nos ad definiendam istam probationem utimur, scilicet verbis „defendere conscientiam probationibus, defensio conscientiae", quo eodem nomine diversis rebus adhibito decepti iam antea scriptores praesertim Saxonici putaverunt: ICtis Italicis probationem de qua agitur notam fuisse.

Quaerendum igitur probatio pro exoneranda conscientia unde ducenda sit. Quod quo dilucidius fiat, ad ius Romanum nobis revertendum erit.

§. 6.

Quum ut supra demonstravi iuramentum iure Romano scilicet posterioris aetatis eam vim haberet, ut sententia iudicis inde penderet, facile potest colligi, saepe a litigantibus appellatum esse contra eam sententiam, qua alteri iuramentum delatum esset. Qua appellatione quum sententiae vis in suspenso relinqueretur, facile fiebat, ut eo cui impositum erat iusiurandum interea morte functo magna perturbatio nasceretur, ut ipsas lites valde eo tractas esse taceam. Itaque Iustinianus l. 12 C. ht. 4. 1. constituit[1]), quibus conditionibus appellatio permitteretur, quo modo procedendum esset, quando rem ipsam suspenderet appellatio. Quae constitutio quamquam hodie nullam amplius dubitationem moveat, praebuit tamen maioris causam erroris commentatoribus, quorum nonnulli existimarunt ea con-

1) cf. Donellus ad Cod. VII. p. 547, cuius quidem interpretationem non ubique sequor.

stitutum esse, ut iusiurandum ab adversario delatum recusari liceret. Qui error eo gravior est, quum ex hoc tantummodo lex quaedam iuris Pontificii recte intelligi possit, qua, usque adhuc ni fallor omnino non considerata, mehercle ab inerudito perverse adhibita omnis iuramenti litis decisorii doctrina labefactetur. Extat illa capite ult. X. de iureiur. 2. 24.

Quas duas leges diligentius considerare liceat.

Iustinianus in istius constitutionis paragrapho secunda his verbis usus est: *Sin autem is cui sacramentum est illatum vel a parte vel a iudice, hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare.* — Praeterea addit, litem eo non suspendi ac sententia definitiva prolata de causis cur recusarit ab iudice ad quem lis provocata sit esse diiudicandum. Haec posteriora sequi quidam quum non animadverterent, sola ista verba respicientes putaverunt ab Iustiniano id statutum esse, ut iusiurandum delatum recusari liceret. Quam interpretationem, quae e sola constitutione omnino elici non potest, docti viri eo consilio affectarunt, ut capiti ult. X. supra commemorato fundamentum certum redderent, quippe vehementer hoc egenti. Ea ratione perducti alii l. 12 C. iuris emendandi causa pronuntiatam esse putabant, quamvis ipsius legis verbis refutati; alii censebant l. 12 rationem continere istarum causarum, quae, scilicet praeter edicti praeceptum, iam dudum in usu fuissent, hanc tamen rationem capite ultimo X. mutatam eoque constitutum esse, ut iusiurandum recusari liceret. Ac plurimi quidem rectam interpretationem sequebantur, attamen iste error non levis et, quod qui dissentiunt auctores nominatim non appellantur [1]), praecipue usu quodam forensi nisus fuisse mihi vi-

1) cf. Sichardus redivivus Frft. 1613 p. 279. — Donellus ad l. 9 C. l. c. p. 530 sq. — Bartolus com. cit. p. 339 sq. — Alberici de Rosate Bergam. comm. i. cod. Venet. 1586 ad h. leg. 12.

detur. Itaque ut quae sententia vera sit exploremus, caput ult. cit. diligentius considerabimus. Verba haec sunt:

Idem iudici:

Iuramentum a te parti delatum nisi iusta de causa non potuit recusari. Quamvis quod in iudicio a parte parti defertur recusari possit licite, ac referri — — —

Talem verborum ordinem et interpunctionem secutus primo aspectu nemo dubitabit, quin recusare an referre mallet partis arbitrio concessum fuerit. Cui interpretationi patrocinatur etiam glossa, auxilium haud contemnendum, quippe quae disertis verbis disiungit in hunc modum, licite posse partem **et** recusare **et** referre. Nihilo minus tamen hoc obtinendum puto, contrariam iuri Romano doctrinam illo capite non contineri. Nam commentatores quamvis ubicunque de capite agitur commemoraverint, esse qui aliquid novi eo statutum esse crederent, iidem tamen omnes sibi persuasum habent[1]) falsam esse istam sententiam, simulque arbitrariam recusandi facultatem aut disertis verbis condemnant, aut pluribus recusandi causis enumeratis[2]) unum contendunt idque solum inter ius Romanum et Pontificium hoc esse discrimen, quod in illo recusandi causae apud iudicem ad quem appelletur exponendae sint, dum iure Pontificio cautum sit, ne apud iudicem inferiorem proferantur.

Immo vero ex ipso capite citato, dummodo interpunctionem commutemus, idoneam interpretationem depromere possumus. Nam quod glossa illa adversatur, eo quidem minus movemur, quoniam antiquissimi scriptores

1) Citatis addendi sunt: Jason ad l. 38 D. ht. — Donellus l. c. ad l. 9 C. p. 530. — Gonzalez Tellez ad decretal. cit. p. 615.

2) Bartolus l. c. p. 572. — Baldus l c. fol. 262. — Jason l. c. fol. 124 n°. 7. — de act. fol. 111 n°. 83. — Duaren l. c. cap. 4. — Donellus l. c. p. 525.

vel falsam esse eam declaraverunt vel omnino neglexerunt. Fingamus igitur causam diiudicandam fuisse hanc:

Actor quidam, qui nondum probavit, praesumtionem prae se tulit, qua inductus iudex iusiurandum purgatorium reo imposuit. Is tamen praestare noluit, quoniam actore non probante reum obtinere etsi nihil ipse praestitisset ius fasque esse apud omnes constaret. Itaque iudex papam interrogat, qui in hunc modum decernit: Quod iuramentum ab altera parte tu petiisti, sine iusta causa non potest[1]) recusari. Praeterea addit papa, iusiurandum ab alterutra parte delatum ab altera recusari et referri posse, nisi forte aliqua de causa hoc ius ei ademptum sit. — Ac prae ceteris quidem hoc notandum est, primariam decreti causam sine dubio in ea quastione inesse, utrum iure iudex iusiurandum necessarium postulaverit nec ne; nec tamen hoc uno argumento contineri, quod ad quaestionem illam diiudicandam faciat, sed fortuito generalia quaedam adiuncta esse, quae, id quod iam ex enuntiatorum conformatione apparet, ad ipsam quaestionem non attineant ideoque accuratam interpretationem recusent. Deinde: decreti verba recte se habere ad rem iuste definiendam dummodo (neque interpunctionem valde respiciendam puto) illa in hunc modum mutentur „recusari ac referri", ad quam emendationem adoptandam eo faciliores sumus, quum tam testimoniis multorum hominum doctorum[2]) quam ipsa ratione sustineatur.

Itaque hoc constat, capite ult. nihil novi esse introductum; manet igitur doctrina antea prolata haec:

1) *potuit* consueto more ad tempus ortae rogationis refertur.

2) Sic Jason l. c. ad l. 38 D. ht. *et sic*, inquit, *textus ibi dum dicit recusari ac referri*, *capitur pro eodem*. — Donellus, l. c. p. 530. *nihil verius dictum et magis convenienter iuri civili.* — Gonzalez Tellez l. c. p. 615. — Aliam sententiam defendunt. Azo, l. c. fol. 62. — Petrus de Ferr. l. c. p. 100 n°. 3. — Pacian, l. c. I. 41 n°. 7.

manifestae turpitudinis est nolle nec iurare nec referre iusiurandum; cuius tamen regulae christiana religione plures quam de quibus supra in iure Romano excutiendo actum est exceptiones conditae sunt, eae tamen parum accurate descriptae, ut, sicut antea indicavi, omnes eius temporis de quo agitur scriptores commemoraverint, dubitatum esse, utrum qui probaturus sit iusiurandum recusare posset nec ne. Simul et earum mentionum eam vidimus esse indolem, ut appareat de re usitata agi tunc vero iuris praecepto sancienda, et ipsos scriptores ad unum omnes, si quidem dictum istud Jasonis omittimus, probationem permittendam negasse, quamvis in usu permissa esse videatur. Cuius opinionis gravissimum inveni auctorem Maranta, qui certiores nos reddit, in foro mercatorum Italico commune illud praeceptum de iuramento necessario praestando minime valuisse. Artis peritorum sententiis, testibus, sorte diiudicari quaestiones, ad iusiurandum confugere lege vetitum esse. Neque causam eius usus, quem maxime laudat Maranta, desideramus.

Iam ut mercatores Italici illis temporibus summa in diversissimis regionibus celebritate florebant, ita usum forensem ab iis receptum mox alii videntur imitati esse, quo factum est, ut ICti studiose inquirerent, talis usus utrum iure sancitus esset nec ne. Quae quidem eius usus propagatio in altera parte saeculi sexti decimi [1]) facta est; eodemque fere tempore idem usus in Saxonicum mercatorum forum receptus est [2]).

---

1) Duarenus (ao. 1509) natus negat iure sancitum esse usum; contra Faber (1557—1624) non addubitatum esse in Francogallicis iudiciis docet. cf. Heffter, l. c. p. 279. — Strippelmann l. c. II. 307. —

2) König (l. c. † 1550 [?]) de eo non loquitur. Klingen v. Steinaw († 1576) sub voce Gewissensvertretung de sola recusatione agit cf. Landr. fol. 60. — Petrus Heigius com. cit. p. 454 n. 21. Schneidewin l. c.

§. 7.

Germani, qui strenui animis Deum, dum in humanis viribus auxilium esset, implorare nolebant, opportunam sibi istam recusationem contingere putabant, qua latiorem iuramentorum usum coercerent. Praeterea quum actor eo beneficio frueretur, ut iusiurandum an probationem mallet ipse eligeret, iniquum videbatur, iusiurandum si ille elegisset, reum adeo constringi, ut ne contrarii quidem probatio ei pateret. Paria ad utrumque commoda, ea quae rebus fit probatione recepta, debebant redundare, itaque utrique concedebatur, utra via Saxonica an Romana uti vellet sua voluntate decidere. Verum electam viam sequi debebat; sicut enim actori ante contestatam litem quidem licebat, utra via iureiurando an probatione agere vellet eligere, postea vero electione facta inde recedere non poterat; ita reo quoque litis principio licebat constituere: utrum iurare vellet, an iureiurando recusato probationibus se defendere. Atqui hac recusandi facultate, qua maius commodum reo allatum esse nemo facile dicet, quo melius uti posset, necesse erat caveri, ut iusiurandum recusatione facta ne prorsus caderet; quod quamvis recte et sine damno fieri posset, ubi sicut in foro mercatorum quaevis quaestio ex arbitrio boni viri discerneretur, magnum tamen periculum ibi afferebat, ubi litigandi modus certis regulis adstrictus est. Quam ob rem postea ut totum ius Romanum receptum hanc quoque recusandi facultatem ab Italis acceptam iuri Saxonico ita praeferri sinebant, ut subsidii loco etiam ius Saxonicum valeret litigantibusque daretur a probatione ad iuramentum refugere, si in ipsa probatione suscepta iusiurandum sibi reservassent. Is vero usus forensis postea lege sancitus est, constitutione electorali anno 1572 promulgata [1]).

---

1) Constitution e. l. I. 14 (Carpzov def. cit. p. 120) verbis: „— — — *da er gleich zur Vertretung seines Gewissens keine*

Attamen quae hac in re singularia legibus Saxonicis statuta sint, ea describere a nostro proposito alienum videtur [1]), a quo diutius me aberrasse mihi velim indulgeas. Neque magis explicare hic licet, quo modo haec probatio ex iure Saxonico in ius commune translata sit [2]); hoc solum erat demonstrandum, totam istam probationem ex usu forensi Saxonico esse ducendam, quamvis primordia a foro Italico profecta sint [3]).

---

genugsame Beweisung vorführet, gleichwohl **den gemeinen Praktiken nach** *den Eid nochmals schwören kann.* — Mirandum est, hanc constitutionem a plerisque ignoratam esse ideoque procedendi ordinem emendatum, ao. 1622, primam de ea re legem esse existimari. Quod Prietzen, qui extrema eius saeculi parte librum illum a König scriptum edidit, conscientiae defensionem omnino non appellat, ignorantiae eius tribuendum scilicet excusandae, quum per longum tempus peregre fuisset.

1) Cf.: Sächs. Proc. u. Ger. Ordn. 1622 tit. 19. — emend. ad ht. Dresd. 1724 p. 115 sq. — Klingen von Steinaw, Ldrecht. Lpzg. 1572 ad I. 6. fol. 60. — Teuber, Instruction des ger. Proz. Lpz. 1623 c. 18 fol. 137. — Carpzov, def. for. cit. def. 18, — processus iur. XII. 3. p. 418. — Volckmannus emend. cur. Beyer. Lips. 1721 p. 208. — Cocceii ius controv. Lips 1799. p. 159. — Seyfart, Deut. Reichsproz. Hal. 1738 p. 418. — Kori, Theor. d. sächs. Proz. Jena 1822 p. 225. — Glück, Comment. XII. 1 p. 330 sq. — Suevus, diss. cit. Lips. 1702 (append. ad Pacian) II. n. 40. — Lüder, diss. de orig. prob. p. exon. consc. Gött. 1827. — Goldschmidt, versch. Abhandlgn. a. d. Civilproc. Frcf. 1818 p. 79. — Strippelmann, l. c. II. 310.

2) Eo tempore, quo in iure Saxonico iam in usu erat probatio, de iure communi dubitabatur: utrum qui probare paratus sit iuramentum recusare posset nec ne. cf. Martini com. for. Gosl. 1694 p. 828. Anton Perez, lc. p. 217 n°. 20.

3) Falso Estor Deutsch. Reichsproc. p. 190 censet concepto ord. iud. cam. ao. 1613 probationem illam introductam esse; etenim ipsi paragrapho quod vidimus ne mentio quidem huius rei inest; neque §. 5 ibid. de probatione p. exon. c. intelligi necesse est. cf. Schmauss, corp. iur. Germ. publ. p. 603. Ludolf, corp. iur. cam. p. 679. Emminghaus, corp. iur. Germ. I. p. 262. Ceterum miramur, quod Strippelmann II. p. 307 n°. 33 videlicet auctoris nomine omisso eandem paragraphum allegavit.

His ambagibus, quibus ad vias quae delato iureiurando patent describendas opus erat, finitis iam transeo ad quaestionem nostram, qua de periuri in iureiurando delato conditione agitur.

§. 8.

Priore tempore quo admitterentur litigantes ad iusiurandum deferendum non raro requirebatur, ut ipsi fidem haberent iurandique facultatem. Itaque ubi et quatenus fides partium expetenda sit, opus est accuratius perscrutari.

Atque hoc quidem existimamus vix memorandnm esse, neque eiusmodi facta, quibus iure nulla vis tribuatur, ullius ad eam rem momenti esse, neque eos a delatione prohiberi, quibus secundum plebis opinionem macula quaedam adhaereat, quosque fidei expertes esse fortasse sacerdotes sibi persuasum habeant[1]). Eiusmodi res non spectantur nisi ab eo, qui nescio quo errore captus iuris scientiam putet ad singulorum hominum vel mores vel dignitates vel munera esse referendam. Neque vero iudex certiorem se fieri iubet ab iuraturo, quid de iureiurando cogitet ille, dummodo ne vel leviori animo sit vel falsa iurisiurandi notione utatur, cohortando prohibeat, atque ab iureiurando eum removeat, qui iuramenta se contemnere manifesto demonstraverit. Deinde non solum difficile sed paene periculosum esset iudicis munus, si de eiusmodi factis, quae non cum iure, sed cum conscientia tantum coniuncta sunt, iudicandum esset; quod ne poterit quidem a iudice postulari, nisi ipso iure eiusmodi facta accurate definiantur, h. e. ipsa sententia ab iudice lata alicui fides abrogata sit. Quibus cognitis nonnulli animum eo induxerunt, ut quicunque iudicis sententia infamis esset redditus, eum ab iureiurando deferendo

1) Wernher, sel. obs. for. III. 95.

prohibendum esse censerent, scilicet quia infamia periurio irroganda non amplius indignabundus periurium non esset repudiaturus, simulque is, cui iusiurandum ab infami delatum esset, facultate privaretur referendi, quum nisi manifesto periurii periculo referri non posset[1]). Quorum tamen argumentorum prius quidem facillime profligatur: etenim quamvis, id quod non poteris, periurum nisi infamia non puniri demonstraveris, nondum tamen inde sequitur, ut infamis, quia sentire poenam nequeat, idcirco ab iureiurando repellendus sit. Quid enim in iudiciis publicis faciendum, quum delicta nemo committere possit, quorum poenas non sentiat? Quod autem praeterea ad fulciendam istam doctrinam afferunt: infamem tam corruptum esse, ut nihil nisi dolus eius, mendacium, immo periurium expectari possit[2]), id non eiusmodi esse apparet, quod refutari debeat.

Inde efficitur, neque facti neque iuris infamiam talem esse, qua quisquam ab iureiurando deferendo merito intercludatur; quaeritur iam, quid de periuro statuendum videatur. Ad iusiurandum praestandum eum amplius non posse admitti et ex ipsa rei natura consequitur et legibus cautum est; illud tamen etiamnunc restat ut exploremus, quaenam periuri in deferendo iureiurando conditio existat. —

Sunt qui periuro deferendi facultatem adimant, quoniam is cui defertur, priusquam ad iusiurandum praestandum cogatur, calumniae iuramentum ab adversario iure expetere possit; quo iure propter adversarii fidem privetur atque ob id ipsum quod a calumnia non tutus sit damnum sentiat. Atqui diligentius iuvat illorum verba ipsa examinasse: iam omnium videmus hanc esse sententiam: licere quidem ei, cui iusiurandum

1) cf. Pufendorff observat. 92.

2) Sic Berger l. c. p. 523: *neque enim*, inquit, *is qui infamiam incurrit statim est contemtor nominis divini praesertim cum poenitentiam egerit.*

defertur, calumniae iuramentum postulare, cogi tamen eum illud facere nemo ut vidi asseverare ausus est. Itaque altera pars hoc ius praetermittere potest, quum iureiurando sibi delato accepto simpliciter iuret[1]). Praeterea qui hanc doctrinam sequuntur, leviore argumentatione neque utrique parti aequa usi sunt; quam enim legem de universa re statuunt, eam manifestum est unam tantummodo rei conditionem spectare hanc, quum is cui delatum est calumniae iusiurandum flagitet. Quod illi aeque permittitur vel simpliciter iurare vel referre vel probationibus se defendere, id prorsus neglexerunt. Iidem tamen de sententia sua iam propterea dubitare debebant, quod iure Romano cautum est, ne in certo quodam causarum genere, ubi ne pietas offenderetur periculum esset, calumniae iusiurandum posceretur.

Ex aliorum sententia propterea periurus deferre iusiurandum nequit, quia ei referri nequeat, unde adversario damnum nascatur[2]). Quam doctrinam quippe iuris vel accipiendi vel conscientiam defendendi plane immemorem pari atque priorem iniquitate esse nemo non videt. Enimvero utrum relatione quis uti possit nec ne, ibi tantum quaeritur, ubi de iureiurando referendo agitur, neque tum quum deferendum est; id quod quum aliunde tum inde evincitur, quod a Romanis in quibusdam causis relatio lege praeclusa est, neque tamen delatio[3]).

Eandem ob causam partes a iureiurando deferendo non sunt praecludendae, quum is cui defertur peieravit. At rogari dicunt eum cui defertur ut iuret, neque ta-

---

1) Donellus l. c. ad l. 9 C. ht. ait: *Non videtur per actorem stare, quo minus de calumnia iuret, si hoc iusiurandum ab eo non postulatur.* Hoc non considerat Berger l. c. p. 523.

2) Heffter, l. c. p. 278.

3) Berger, l. c.: *tum quia alterum ex altero non consequitur, cui non potest referri iusiurandum, is nec idem deferre illud potest.*

men rogari posse eum, qui iurare lege vetitus sit. Immo qui iusiurandum defert, non id agit, ut is cui defertur iuret, sed eo consilio defert, ut iurisiurandi religione motus iniuriam confiteatur, et quamvis solemni delationis formula is cui defertur nihil nisi iurare iubeatur, ipsa tamen lege illae facultates vel referendi vel probationibus se defendendi integrae ei servantur. Ne maiore quidem ratione quisquam dixerit, tum eum qui defert se unquam iuraturum esse sperare non posse, quum ab eo cui defertur scilicet periuro iusiurandum referri non permittatur; de hac quoque quaestione tunc modo agi poterit, quum iureiurando delato is cui defertur referre se malle dixerit. Ceterum ut is cui defertur vere a referendo prohibendus fuerit, tamen id ipsius arbitrio eius fiet qui detulit, eoque ipso quod detulit, quavis iurisiurandi sorte se contentum fore declaravit. Praeterea haec doctrina ex ea nata est, quae a periuro deferri iusiurandum non posse contendit quamque falsam esse supra iam demonstravimus. —

Alia denique doctrina extat eorum, qui legibus ipsis dicunt cautum esse, ne inter periuros iusiurandum deferatur. Quod Martin — Vorlsg. II. 261. — docet in iure Pontificio his verbis praescribi: *qui semel periuratus fuerit, nec ad sacramentum accedat nec in sua causa vel alterius iurator existat.* — Qua ex lege qui Martin istud praeceptum derivare potuerit, equidem non possum intelligere, neque ipse eam notionem persequi ausus est, quo quam sit absurda sine dubio statim comperisset.

Quaecunque modo doctorum hominum praecepta attuli, ea vidimus vel eo laborare, quod ab iniquis rationibus profecta sunt, vel eo quod angustioribus finibus contenta singulas tantum causae constitutiones ceteris omissis spectant. Nec tamen haec eorum sola sunt vitia, sed illud gravissimum maximeque perspicuum, quod iusiurandum deferendum cum praestando confu-

sum est. Nam ubicunque vetitum est iusiurandum praestari, ibi ne deferri quidem permittunt; quamquam qui sit iurisiurandi delati effectus non potest nisi electione ab eo cui defertur facta diiudicari; hoc unum dicendum est, iusiurandum delatum cum ab initio quidem validum fuerit, post propter viam ab adversario electam invalidum fieri. Videlicet si ex sorte iurisiurandi vel delati vel relati de ipso admittendo iureiurando praeiudicandum esset, hoc opinor ubique esset prohibendum, dummodo constaret iusiurandum delatum iuratum non iri, quod utrum arbitrario partium cónsensu an abdicatione an ex lege fiat, nihil curandum est. —

§. 9.

Atque id quidem demonstrasse mihi videor, dubitationem istam: utrum aliqua pars iurare possit nec ne, ad tractandam hanc de iureiurando defèrendo quaestionem omnino nihil afferre. Iam hoc quaerendum videtur, quatenus iurisiurandi delati effectus mutetur.

Sunt qui periurum iusiurandum deferentem causa cadere dicant, si iusiurandum calumniae ab eo postulatum sit. Quacum re coniungi potest ea, quum iusiurandum ei refertur, in utraque enim de iureiurando praestando sed propter fidei defectum non praestito agitur. — Haec sententia non video quo defendatur. Iuramentis facile intelligitur nisi ad finem liti imponendum partes non uti i. e. tum demum, quum aliter probatum non fuerit; quo fit, ut qui deferat plerumque causa cadat, quum ultimo remedio privatus sit; quod tamen non ista eius natura efficitur, sed eo, quod iureiurando adempto, quum tempus probationibus permissum praeterierit, aliae legitimae probationes deficiunt. Sin aliter se defendere nequit, quavis probatione deperdita pars causa cadit, in quo videmus periurium omnino nullius esse momenti. Quodsi iuriiurando deferendo tempus probationibus datum non esset praescriptum,

quod quidem non aliam ob causam factum est, nisi quod iusiurandum in legitimarum probationum numero esse ducebatur; vel si ea iurisiurandi natura, ut nisi aliae probationes deficiunt eo utendum non sit, nondum valeret, non esset cur iuramento etiam inutiliter delato is qui detulit causa caderet, quum aliis probationibus nihilo minus uti posset. Sin autem aliis probationibus caret ideoque causa cadit, id propter periurium fieri merito non dicemus. At enim vero id solum spectandum est, quanti ponderis iusiurandum deperditum fuerit. — Id quidem iusiurandum si partem duntaxat argumenti probandi continuit, secundum notas de partiaria probatione regulas agendum est.

Nec tum quum periurus, cui delatum est, referendo partes deferentis sustinet, dicendum erit eum causa cadere. Fortasse „eum qui defert ipsum“ dixeris „fide adversarii confisum litem iureiurando dirimendam proposuisse eaque de causa iuretur sibi de calumnia non iure suo postulare, quum ab eo cui ipse detulerat iusiurandum sibi relatum fuerit; hac autem sola de causa eum, cui delatum sit, referentem ab iureiurando calumniae solutum esse, ideoque tum, ubi qui defert adversarium iurare non posse sciverit, eum fide eius confisum esse merito non dici; itaque ei qui detulerit esse permittendum, ut priusquam iusiurandum ab adversario periuro relatum praestare cogatur, ab illo iusiurandum calumniae ex lege possit exigere“. — Sed qui iusiurandum defert, eum meminisse oportet, semetipsum ad id iusiurandum praestandum cogi posse[1]); atque eum, qui nihil nisi eo quod adversarius obtulit ex lege utitur, adversario de calumnia iurare debere adeo iniustum atque ineptum est, ut e contrario aequum videatur, periuro quum iusiurandum ei defertur permitti, ut quoquo

1) l. 34 §. 7 D. ht. — arg. l. 12. §. 1 i. f. C. ht. — König l. c. c. 67.

modo agere constituerit, adversarium iubeat iurare: non calumniose periuro se iusiurandum detulisse.

Unde apparet, eo quod iusiurandum ab adversario periuro non iuretur, non fieri, ut is defert causa cadat. Quod quamvis fieri possit, certe periurio commisso non effici.

Attamen non intelligo, qua re perducti alii dicant, periuro qui iusiurandum acceperit, poenam irrogandam esse eam, qua qui iurare noluit afficitur. Quem errorem iam ipsa edicti verba redarguunt haec „manifestae turpitudinis est, nolle nec iurare nec referre". Illic quidem de contumacia agitur, qua praetor fingit partem esse confessam, hic autem de contumacia agi nequit, quia periuro iurare non licet. De voluntate non quaeritur, neque igitur propter voluntatis defectum periurus punitur. Voluit fortasse iurare, neque tamen potuit, quis igitur eum nolentem dixerit? At, inquit, periurus delicto suo optionem ipse sibi ademit, ideoque a praetoria ista electione exclusus in ea solummodo causa est, ut referat; cui iure hodierno quidem probatio pro exoneranda conscientia adiuncta est; accipere iusiurandum non ei esse concedendum. Quae interpretatio nobis inepta esse videtur; etenim summa edicti haec est, contumaciam esse puniendam, qua alterutra pars neque ipsa iureiurando litem finire neque adversario confidere velit. Igitur partem confessam esse tum demum fingi poterit, quum pars aliqua omnem declarationem recusans e facultatibus sibi permissis nulla uti voluerit. Atque in eo causae statu confessionem fingi non solum non durum sed necessarium est, quo iudicis auctoritas integra servetur. Id tamen non valet in periuro, qui nullius contumaciae reus fit, quum ut lex iubet voluntatem suam enuntiat et iusiurandum delatum accipit. Iurare eum non posse ideoque illius consilium, qui litem voluit iureiurando finire, irritum factum iri, si aut a periuro acceptum aut periuro relatum fuerit iusiurandum, id utrique parti

aeque fuit cognitum. Itaque periurum iusiurandum accipientem pro confesso esse habendum falso contendunt. — Neque contrarium est, quod re idem evenire potest, sicut quum is cuius est probatio iurare debet, sed propter periurium nequit. Id nemo facile cum poena eius qui iurare noluit confundet, a qua maxime distat velut in appellatione permittenda, in restitutione in integrum concedenda, denique in expensis refundendis.

§. 10.

His praemissis veram doctrinam descripturi hoc iteramus, adhibendo iuriiurando periurium ab altera parte commissum nequaquam obstare. Quatenus autem effectus commutetur, singulis quaestionibus dispositis optime explicabitur.

I. Qui defert, periurus est, adversarius eius aut:

1. probationibus se defendere constituit, tum probatione perpetrata obtinebit; de adversarii fide omnino non quaeritur. Sin probatione non persoluta ad iusiurandum recurrit, tum quae infra sequuntur locum habent, neque eorum quidquam propterea mutatur, quod antea probationibus sese defendere conatus est. Aut ille

2. accipit iusiurandum et ut de calumnia sibi iuretur postulat — tum iureiurando discerni nequit, nam qui detulit, ei iurare non licet. — Aut

3. accipiens non postulat calumniae iusiurandum, tum consuetam vim habet delatio, quoniam fides adversarii periuri non requiritur. Aut denique

4. refert iusiurandum; tum quum adversarius iurare nequeat, iusiurandum cadit.

II. Is cui defertur periurus est, qui

1. si conscientiam probationibus defendere vult, de iureiurando nondum disceptatur. Supra enim iam monui, ut conscientiae defendendae facultas ab accipiendi vel praestandi iurisiurandi iure prorsus distinguatur,

quod quantum differat hic elucet. Fortasse enim dixerit quispiam, vel ex ipso nomine apparere: conscientiam illo beneficio uti, de conscientia autem agi non posse nisi in eo, cui simul iurare liceat; periuro ideo tale conscientiae beneficium non esse tribuendum. Sed rectius sine dubio dicetur, probationem istam suis legibus uti, ut neque facultas neque voluntas iurandi in ea concedenda respiciatur. Aliter statui iniquum censemus, etenim sine ullo iuris praesidio periurus adversario fortasse minus religioso traditus esset, si ne probationibus quidem se defendere ei liceret. Si alia facultate non frueretur nisi accipiendi vel adversarii fidei obtemperandi, sane coactus foret iusiurandum accipere eoque magnum adversario damnum afferre. — Aeque periurus ad iusiurandum recurrere debebit, quum probationem non expleverit.

2. Si periurus accipit iusiurandum, delatio irrita fit. Neque tamen id ei permittendum est, ut nihilo minus iusiurandum calumniae postulet, utpote quod non ad iusiurandum acceptum sed potius ad praestandum spectat.—

3. Periurus refert iusiurandum; tum adversarius iurare lege cogitur neque ex referentis fide ullam exceptionem sibi comparare potest. Si iurare noluerit, confessionis poena afficitur.

III. Periurus alteri periuro defert.

Hac in conditione totus iurisiurandi delati effectus is est, ut cui defertur rem iureiurando affirmandam probet, h. e. conscientiam defendat. Quod si non vult, vel probatione non expleta ad iusiurandum redit, quavis alia electione delatio irrita fit. Neque vero haec est alterius partis contumacia; ne is quidem qui defert contumax est, quamvis sciat utramque partem iurare non posse.

Quae vero inde sequuntur, quod iusiurandum delatum irritum fit, eorum summam rationem non posse statui iam antea diximus; ex factis id diiudicandum est.

Plerumque elapso tempore probationibus dato et quia iuramenta nisi subsidii loco praestari non solent, quae pars delatione privata est, ea causa cadit. Si vero tum demum, quum iusiurandum iam acceptum est, eius qui accepit periurium compertum, vel si periuro ab eo qui id ignoravit relatum fuerit, contra eiusmodi detrimentum in probationibus sine culpa allatum pars iure suo restitutionem implorabit. —

III.

§. 11.

Ita postquam quaestionem nostram mihi videor profligasse, de ceteris iuramentis superest ut nonnulla adiungam. In quibus brevior esse possum, quia neque ad nostrum propositum faciunt et omnino leviora sunt.

De iureiurando necessario apud omnes constat non e sola probatione iudici esse statuendum cui iusiurandum imponi debeat. Maximi sane ponderis fides est. Itaque quibus in periuro regulis iudex uti debeat, quamquam e sola aequitate pendet, tamen haud difficile est perspicere. Nam si cuius probatio est periurium is commisit, quaerendum erit, de qua iurisiurandi necessarii specie agatur; si de suppletorio: iudex adversario purgatorium imponere non dubitabit, nam in maiore minus inest; si de purgatorio agitur, nihil impedit, quominus adversarius iurare aut confiteri cogatur. — Contra si adversarius periurus est, ad suppletorium id nihil facit, purgatorii autem beneficio is qui probat merito privatur, quum hoc iusiurandum tum reo imponere iniqui iudicis sit. — Si denique uterque periurus sit, ab iureiurando necessario aequum erit iudicem omnino recedere damnumque inde ortum probanti attribui.

Restant nonnullae iuramenti species, quarum ad totam litem finiendam quum nullus sit usus, tamen iis

ad singulas quaestiones absolvendas utimur. Iusiurandum dico in litem et iusiurandum et editionis et diffessionis et manifestationis. Quae qua natura sint quibusque regulis subiicienda, maxime quidem dubitatum est, quam tamen dubitationem hoc loco omittimus. Nam periuri quidem in his omnibus una eademque est conditio haec: perit iusiurandum, quod cui damnum afferat, praecipue ex factis iudicandum erit. Itaque in iureiurando in litem aliis probationibus periurus probare debet quanti sua intersit; in manifestationis iureiurando nullo vere iure eum dicimus esse privatum, nam quum eo res pervenerit, ut de iureiurando agatur, a creditorum percontationibus securus erit; — in iuramentis denique diffessionis et editionis summa ratio quae sit non apparet, hoc unum sane perspicuum est, periurum hic quoque non pari modo atque qui iusiurandum ex arbitrio recusaverit teneri. Quare e factis decidendum est; id tamen praetermittam, cum de iuris regula non de facti specie quaerere voluerim.

INDEX.

I.

II.

III.